

INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CONFORME AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

Por: Lorena Abello Casas*



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

* Estudiante de décimo semestre de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo institucional: labello65@ucatolica.edu.co. Trabajo de Grado dirigido por el Dr. Luis Miguel Esquivel Zambrano. Correo Institucional lmesquivel@ucatolica.edu.co.

Resumen

Los soldados profesionales en actividad contaban con una partida computable la cual era el subsidio familiar por el hecho de estar casados o tener una unión marital estable. No obstante, en retiro se les suspendió el pago de dicho subsidio teniendo en cuenta que el artículo 3 del decreto 4433 de 2004 en su parágrafo dispone cuales son las partidas que deberán liquidarse para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro, asignación a la que solo pudieron acceder con la expedición de la ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año, en las que profundizaremos más adelante.

De acuerdo a lo anterior se puede evidenciar que a los soldados profesionales se les está vulnerando el principio de igualdad teniendo en cuenta que a los oficiales y suboficiales si se les reconoce el subsidio familiar en la asignación de retiro.

Palabras clave

Igualdad, Excepción de inconstitucionalidad, partida computable, asignación de retiro, principio.

Abstract

The professional soldiers in activity had a computable item which was the family allowance for being married or have a stable marital union, but in retirement they were suspended the payment of said subsidy taking into account that article 3 of the Decree 4433 of 2004 in its paragraph states which are the items to be settled for purposes of recognition of the retirement allowance, an allocation that could only be granted with the issuance of Law 923 of 2004 and its regulatory decree 4433 of the same year.

According to the above it can be seen that professional soldiers are being violated the principle of equality taking into account that the officers and non-commissioned officers if they are recognized the family allowance in the retirement allowance.

Key words

Equality, Exception of inconstitucionalidad, Partida computable, Allocation of retreat, principle, value.

Sumario

Introducción

1. Asignación de Retiro

1.1. Soldados Profesionales

1.2. Partidas Computables de los soldados profesionales

1.3. Subsidio Familiar

2. Igualdad

3. Condiciones Salariales de acuerdo al Grado

3.1. Análisis del Artículo 13 del Decreto 4433

3.2. Principio de progresividad

4. Excepción de Inconstitucionalidad

Conclusiones

Referencias.

Introducción

El presente trabajo se realiza con fines académicos, utilizando distintas fuentes informativas a partir de una revisión documental desde una perspectiva analítica y crítica, lo cual permitirá alcanzar el objetivo de esta investigación, que no es otro que la determinación de que la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro en soldados profesionales responde al respeto y garantía del principio de igualdad consagrado en la Constitución Política Colombiana.

Ahora bien, aunque corresponda a un régimen especial y esté directamente involucrada la caja de retiro de las fuerzas militares afecta a un sin número de personas civiles las cuales en su momento prestaron su servicio como soldados profesionales obteniendo una partida llamada subsidio familiar en actividad y en la actualidad, cuando están en retiro se les suprime dicho subsidio. Por lo anterior se entrará a analizar si la forma de interpretación y/o aplicación de dicha norma es correcta o si por el contrario, se les está vulnerando el derecho a la igualdad.

La problemática del subsidio familiar se viene presentando a partir del año 2000, cuando no se les reconocía absolutamente bajo ninguna circunstancia dicho subsidio a los soldados profesionales en retiro. Ya con el decreto 1161 y 1162 de 2014 hasta el 2016 se les reconoció un mínimo porcentaje (30%). Así las cosas, se analizará si la actuación del legislador estuvo enmarcada en la necesidad de descongestionar la jurisdicción contenciosa administrativa o si actuó de manera idónea conforme a dicha problemática.

De acuerdo a lo anterior el objetivo que se pretende cumplir con esta investigación es plantear las posibles soluciones a la problemática en mención consistente en la no inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales teniendo en cuenta que el problema radica en el artículo 13 del decreto 4433 de 2004 en su parágrafo que dice explícitamente que no será computable ningún otro subsidio diferente de los que menciona la norma para efectos de la asignación de retiro.

Conforme a la estructura se abarcarán todo tipo de conceptos y temas concernientes a la asignación de retiro, normatividad que regula la problemática en mención, su aplicación e interpretación, se determinará qué derechos se están vulnerando y en qué aspectos, manejando un esquema fácil para el lector que no esté familiarizado con esta problemática, donde se va discriminar cada aspecto relevante para finalmente llegar a dos soluciones viables que serían: la conciliación ante procuraduría para que se les reconozca dicho subsidio evaluando el porcentaje a reconocer y la otra, una demanda por inconstitucionalidad de la norma.

1. Asignación de retiro

Teniendo en cuenta que la caja de retiro de las fuerzas militares es un establecimiento público del orden nacional, adscrita al ministerio de defensa nacional, encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha del reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente, se encuentra contenida en el Artículo 217, Inciso 3, Constitución Política de Colombia, el cual reza: “La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio.”

En desarrollo del anterior precepto constitucional, se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990 y Decreto 2070 de 2003, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000 y actualmente vigente el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias (Artículo 45 del Decreto 4433 de 2004). Se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual (...), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Artículo 16, Decreto 4433 de 2004).

Así las cosas, se establecen los aportes que los soldados profesionales deberán realizar en servicio activo para poder acceder a dicha asignación, discriminado de la siguiente manera:

- Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación
- El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento
- Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). (Decreto 4433 de 2004, art. 18)

El aporte sobre la prima de antigüedad se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación, de acuerdo con el tiempo de servicio, según lo estipulado por Artículo 18 del decreto 4433 de 2004, como será mencionado más adelante. Al respecto, nótese como la norma de manera expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera

la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar.

1.1 Soldados profesionales

El Artículo 1 del Decreto 1793 de 2000 los define como:

Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

PARAGRAFO. Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Antigüedad mínima de cinco años.
- b. Excelente conducta y disciplina.
- c. Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.

La norma consagra que el soldado que se distinga por su capacidad de liderazgo, que obtenga una antigüedad mínima de cinco años, tenga excelente conducta y disciplina, gane la aprobación del curso para dicho ascenso puede ser ascendido a dragoneante profesional Artículo 1, Parágrafo, Decreto 1793 de 2000.

1.2 Partidas computables de los soldados profesionales.

Cómo ya se dijo, son entendidos como soldados profesionales aquellos varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en unidades de combate y que tienen la posibilidad de ascender dentro del escalafón propio de las Fuerzas Armadas en las condiciones que en su ordenamiento se establezcan. En esa misma línea, está reconocido que el régimen pensional y de salud de las fuerzas armadas es especial, esto es, que estos establecen las condiciones propias para, en este caso, reconocer la asignación de retiro correspondiente.

En ese orden de ideas, se establece en el Decreto 4433 de 2004, Artículo 13, que lo que será computable para la asignación de retiro, en el caso de los soldados profesionales es lo siguiente:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-Ley 1794 de 2000.

Ahora bien, el mencionado artículo 1° del Decreto Ley 1794 establece que “Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.”

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Menciona el artículo 18 del decreto 4433 de 2004, en lo relativo a los aportes sobre la prima de antigüedad lo siguiente:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

Ahora bien, es necesario mencionar que la prima de antigüedad está consignada en el Decreto Ley 1794, artículo 2°, el cual la establece de la siguiente manera:

ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PARAGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

1.3 Subsidio Familiar

Una de las primeras manifestaciones que es necesario hacer frente a este ítem, es que el subsidio o las transferencias monetarias son unos de los instrumentos de política familiar que aparecieron primero en el tiempo (Flaquer, 2000, pp. 40; Guillén, 1997, p. 48). Así, estas se constituyen como asistencia de carácter pecuniario que se dan a las familias para que estas puedan mejorar el acceso a bienes y servicios propios para su funcionamiento. Flaquer comenta que Francia fue el primer país europeo en el que apareció tal figura, en la cual los empresarios tenían la obligación de afiliarse a diferentes cajas de compensación, las cuales eran los encargados del recaudo y distribución de los subsidios. Así, dichas cargas son consideradas como una especie de complemento salarial (Flaquer, 2000, pp. 40)

Ahora bien, es importante mencionar igualmente que la aparición de los subsidios familiares se dio como una importante respuesta a la disminución de las tasas de natalidad en las clases trabajadoras, fruto de su propia pobreza. No obstante, posterior a la Segunda Guerra Mundial, los subsidios familiares se extendieron debido a la proliferación de los Estados de Bienestar (Flaquer, 2000, pp. 41; Morales, 2000, p. 762).

De otra parte, ha de manifestarse que el subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación pecuniaria que se deriva del derecho a la seguridad social del trabajador. Se lee en la Sentencia C-508 de 1997, de Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, que:

“El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

“Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.” (Corte Constitucional, C-508/97)

En ese orden de ideas, y siguiendo la tesis de Monsalve (2003), los sistemas de seguridad social han estimulado la creación de cargas y responsabilidades frente al entorno familiar del trabajador, que, si bien no han de considerarse como una contingencia, si deben ser vistos como beneficios de especial cumplimiento en tanto están destinados al cuidado de la familia. Así, tales asignaciones familiares se dan como beneficios a los afiliados del sistema de acuerdo a las cargas y responsabilidades que acredite, esto es, el “subsidio familiar por hijos a cargos, subsidios a la permanencia de la madre en el hogar, subsidios alimentarios, programas sociales para la familia” (Monsalve, 2003, pp. 461; de Ussel & Landwerlin, 2001, p. 152) y otros.

Ahora bien, el anterior planteamiento no es alejado de una noción social y de bienestar del Estado, en el cual este se encarga de equilibrar la balanza entre los más y menos favorecidos. Con esa idea en mente, la ley define el subsidio familiar como:

“una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad” (Ley 21 de 1982, art.1°).

Ahora bien, la mencionada Ley 21 de 1982 es la actual normativa en materia de Subsidio Familiar, y en su artículo segundo, es tajante al mencionar que tal prerrogativa pecuniaria a favor del trabajador en ningún caso será salario ni se computará como factor del mismo. De la misma forma, nos señala en el artículo 5 que tal subsidio se pagará única y exclusivamente a los trabajadores beneficiarios en dinero, especie o servicios. Entendiendo el primero como el pago en efectivo realizado a través de las Cajas de Compensación. El segundo como los alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares u otros que se determinase en futuras reglamentaciones. El tercero, a través del uso de obras y programas sociales puestos a disposición del trabajador por parte de las Cajas de Compensación.

Siguiendo la línea de lo anterior, es necesario hacer énfasis en que el pago del subsidio familiar se hace a través de la afiliación a una Caja de Compensación Familiar, por lo que inicialmente el pago directo del subsidio mencionado está prohibido, a no ser que no exista afiliación a Caja de Compensación, por lo que la cuota corresponde al doble de su valor inicial (Monsalve, 2003, pp. 464).

De otro lado, de conformidad con los presupuestos legales de la Ley 21 de 1982 y la Ley 789 de 2002 se tiene que los beneficiarios del subsidio familiar en dinero son aquellos trabajadores en quienes la remuneración, sea esta fija o variable, no supere un total de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en todo caso, no sobrepasen seis salarios mínimos legales mensuales vigentes sumados con los de su cónyuge o compañero (a) permanente.

De todo lo anterior, es posible sin lugar a dudas establecer que, dentro del Sistema General de Seguridad Social, la carga pecuniaria denominada subsidio familiar no es un factor computable al salario. Es decir, de acuerdo a la Ley Laboral, de Seguridad Social y Pensiones, el subsidio familiar no es tenido en cuenta a la hora de establecer liquidaciones de contratos a causa de su terminación o en el momento de hacer la respectiva liquidación pensional a la que hubiera lugar. No obstante,

hay que tener en cuenta que dichos parámetros son establecidos, como se dijo, para el Sistema General, no para los diferentes regímenes de excepción, entre ellos, el de la Fuerza Pública, por lo que, como se vio, el Decreto 4433 de 2004 sí establece dicha carga como parte del cálculo para la asignación de retiro para determinado personal.

2. Igualdad

Una de las grandes discusiones filosóficas y de ciencia política a lo largo de la historia ha estado circunscrita al desarrollo de un concepto de igualdad que permita ser aplicado en los diferentes modelos sociales vistos a lo largo del globo durante diferentes periodos. No obstante, siempre se establece dos cuestionamientos debido a la indeterminación natural de tal concepto, así: ¿Igualdad entre quienes? E ¿igualdad en qué? (Bobbio, 1977, p. 53) De lo anterior, precisamente aquél célebre sentencia orwelliana: “Todos somos iguales, pero unos más iguales que otros”.

Así, dicha discusión ha de ser también, en línea con lo sostenido por Bobbio, un espacio en el que la justicia aparece como determinante. Es decir, la igualdad es determinada en virtud de que esta esté contemplada como un axioma justo (Bobbio, 1977, p. 68). De allí, la relevancia que cobra en los debates de ciencia política y de proyectos públicos, pues si se entiende que determinada lucha, es una por la igualdad, se asume instantáneamente, que es una empresa justa.

Ahora bien, lo cierto es que la discusión anterior está solamente circunscrita a un escenario teórico, desde el cual, si intenta abordar un problema real, es decir, el problema de la desigualdad de hecho (Sanchís, 1995, p. 17). Esto significa que el principio de igualdad se eleva en virtud de ser la solución a un problema real de desigualdad, el cual se aborda a partir de la instauración de una serie de garantías fundamentales, conocidas como derechos humanos, las cuales están destinadas a guardar un orden social justo, igual y sin abusos de poder (Sanchís, 1995, p. 17; Dworkin, 1984, pp. 276).

En los términos de Rabossi, la igualdad establece la obligación de que en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo (1990, p. 176).

Ahora bien, de lo anterior se desprende que la necesidad y obligación del Estado es la de establecer reglas y nociones claras que permitan establecer los diferentes estadios de igualdad a aplicar en determinado territorio. Kemelmajer establece lo anterior como:

- a) Igualdad en la ley. Se trata de un mandato dirigido principalmente al legislador, para que regule las diversas situaciones sin hacer discriminaciones odiosas. Normalmente, es una noción fácilmente verificable pues hay discriminaciones obvias; por ejemplo, en 1880 la Corte Federal norteamericana dijo: “Si una ley excluyera a todos los hombres blancos de prestar servicios como jurado, nadie podría decir que no se ha privado a los hombres blancos de la protección igualitaria de la ley”
- b) Igualdad ante la ley. Es propia de la aplicación de la ley, y consecuentemente, es una regla dirigida y aplicada fundamentalmente por los jueces.

La interpretación judicial juega a un rol superlativo y la pregunta a contestar es: ¿cuál es la función del juez y del legislador frente a los comportamientos sociales?

- c) Igualdad por la ley. El estado corrige ciertas desigualdades de hecho a través de la ley. Teniendo en miras esta igualdad se ha dicho: “Legisla quiere decir clasificar, crear disparidad entre los sujetos del ordenamiento”. Todo cuanto digo de aquí en más está destinado principalmente, al desarrollo de la noción de la igualdad por la ley. (Kemelmajer, 2003, pp. 230-233)

Así pues, es evidente que para el caso de estudio es pertinente de hablar de una situación en la cual el Estado debe intervenir para subsanar ya no condición de desigualdad generada por las condiciones naturales de cada persona. Es decir, la asignación o no de los subsidios o subvenciones hacia los miembros de las fuerzas públicas no son más que designios legales.

En esa línea, el Estado se encuentra en una clara falta a su deber de establecer igualdad en la ley, igualdad ante la ley e igualdad por la ley. Lo anterior, en tanto la desigualdad como se dijo, es un

designio legal, al tiempo que los jueces no ha dado mayor respuesta al tema que pueda convertirse en un precedente de obligatorio seguimiento (entre otras cosas, porque la constitución establece a la Jurisprudencia como criterio auxiliar, no como fuente de derecho) y que el Estado, como se dijo, está en mora de crear condiciones de igualdad frente al acceso a subsidio familiar a través de la asignación de retiro por parte de todos los miembros de las fuerzas.

3. Análisis del Parágrafo del Artículo 13 del Decreto 4433.

A efectos de hacer el correspondiente examen del artículo, lo primero que ha de hacerse es recordar que el mismo establece lo siguiente:

ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, **ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro,** pensiones y sustituciones pensionales.

Con lo anterior, y la exposición hecha sobre lo que ha de tenerse en cuenta al momento del cálculo de la asignación de retiro, se puede concluir que dicha situación supone una clara afrenta al Derecho a la Igualdad, pues es evidente como en el caso de Oficiales y Suboficiales son más las

partidas computables a fin del cálculo de la asignación de retiro, frente a las partidas designadas para ello en el caso de los soldados profesionales.

Lo anterior se traduce entonces en que tanto para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Publicas la asignación de retiro necesariamente será superior, lo cual se debe entender que es en razón no solo al cargo que ostentan dentro de la institución y el salario por ello devengado, sino por las adiciones y prerrogativas que trae consigo el Decreto 4433 de 2004 de las que no gozan los soldados profesionales.

Más preocupante resulta que, como se dijo, una contribución pecuniaria destinada periódicamente al fomento y protección de la familia sea considerada en unos casos como partida computable para el cálculo de la asignación de retiro y en otros no. Sobre todo, por cuanto en el caso en que esta no es tomada en cuenta es en aquél en donde el monto de la asignación final de retiro es necesariamente más bajo, que en el que si se toma en cuenta.

3.1 Principio de progresividad

De otra parte, es importante hacer mención al principio de progresividad en relación con la seguridad social. Así, la seguridad social, con la entrada de la Constitución Política de 1991, fue mucho más allá del contrato de trabajo y comenzó a ser considerada como un derecho en sí mismo, que se garantiza a través del Estado y de los empleadores (Cadena, 2006, pp. 113).

En ese orden de ideas, la seguridad social, como derecho, está cubierta por el principio de progresividad en la garantía de los derechos sociales. La Corte Constitucional ha entendido dicho principio de la siguiente manera:

De acuerdo con la jurisprudencia, el citado principio consiste en la obligación del Estado de garantizar los derechos sociales, y en general todos los derechos constitucionales en su faceta prestacional, aumentando de manera gradual y constante su cobertura. Asimismo, supone una prohibición de regresividad o retroceso de cualquier índole a menos de que a través de un juicio estricto de proporcionalidad, se demuestre que la medida regresiva resulta imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente imperioso. En este sentido, se ha destacado que el alcance del principio de progresividad se reduce, así entendido, al imperativo de aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales, por lo que no puede servir de base para relevar al Estado de la obligación de adoptar

medidas inmediatas para la protección del derecho, evitar que se impongan discriminaciones injustificadas para su goce efectivo, ni tampoco, como se explicará más adelante, negar el carácter interdependiente e indivisible de los derechos. (Corte Constitucional, C-753/13)

Tal como menciona la Corte Constitucional, el principio de progresividad en materia de derechos de carácter social y prestacional implica que sobre los mismos no pueden existir circunstancias que limiten o retroceda el cubrimiento de los mismos sino que por el contrario, la obligación en cabeza de los Estado es la de garantizar en la misma medida en que su situación económica lo permita, sin que eso signifique en ninguna circunstancia algún tipo de retroceso en la garantía de estos (Perilla, 2013, p. 2; Guerrero & Giordano, 2016, p. 91; Sanchez, 2016, p. 44). Es decir, ante derechos garantizados mediante los instrumentos para ello destinados, no es posible que el Estado entre a establecer nuevas restricciones a estos (Picard de Orsini, & Useche, 2005, pp. 425).

Tan es así, que no solo es por el reconocimiento que hace la Corte Constitucional del principio de progresividad, sino que el desarrollo del mismo se debe en gran medida a los aportes hechos desde el campo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los tratados en esa materia suscritos por Colombia y por las Observaciones Generales efectuadas por el Comité DESC de la ONU, entre las que se puede leer:

[el] concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2º del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes (Comité DESC, 2001, pp.1)

Lo anterior indica que las obligaciones del Estado están frente a la no regresividad, esto es, la prohibición a éste de establecer medidas que empeoren la situación de garantía de derechos económicos, sociales y culturales que se encontraren vigentes al momento de la expedición de nueva normativa (Rossi & Abramovich, 2007, pp. 42; Dávila & Erwin, 2011, p. 371). Esto es, que una vez establecido un derecho y los mecanismos para hacerlo efectivo, estos no pueden verse limitados bajo ninguna circunstancia de orden interno.

4. Excepción de Inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad está contemplada en la Constitución Política, en los siguientes términos:

ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

En ese sentido, la excepción de inconstitucionalidad se manifiesta como la posibilidad de inaplicar determinada norma que se estime, en su contenido formal, guarda identidad con alguna que haya sido declarada inexecutable por razones de fondo, pues ello se traduciría en la aplicación material de una disposición contraria al texto supremo. En línea con ello, Eduardo Cifuentes, antiguo Magistrado de la Corte Constitucional, sostiene que:

En efecto, el artículo 243 de la Carta señala que "ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. (subrayas no originales)". Nótese que esta norma superior se refiere al contenido material del acto declarado inexecutable, y no distingue entre autoridades, por lo cual es obvio que la prohibición incluye a los funcionarios judiciales. Por ello, cuando un juez o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues están en la práctica reproduciendo "el contenido material del acto declarado inexecutable.

En tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP., art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP., arts 4º, 241 y 243)". (Cifuentes,

1997, p. 173)

De otra parte, la Corte Constitucional, mediante Auto 035 de 2009, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-760 ha sostenido lo siguiente:

6. La excepción se debe aplicar cuando se presenten las siguientes condiciones, las cuales deben ser objeto de motivación en un acto administrativo:
 - i. Que se constate que la aplicación de las normas administrativas o legales amenaza o impide la protección de los derechos constitucionales.
 - ii. Que no existe vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario.
 - iii. Que se deduce claramente de la Constitución la necesidad de garantizar un derecho constitucional, en este caso el goce efectivo del derecho a la salud, siempre que el obstáculo normativo para avanzar en su sea materialización específicamente señalado. (Corte Constitucional, Auto 035-09)

Lo anterior entonces es muestra de que la autoridad administrativa encargada de resolver los asuntos relacionados con la asignación de retiro en el caso de los miembros de las fuerzas públicas no se encuentra en la capacidad de ampararse bajo la cláusula constitucional de la excepción de inconstitucionalidad para solventar la desigualdad ya explicada en la forma de determinar la asignación de retiro contemplada en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Conclusiones

Con todo el examen hasta aquí realizado es pertinente manifestar que las condiciones en las que se calculan las asignaciones de retiro tanto de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Publica, frente a la de los Soldados Profesionales resulta, cuanto menos inequitativa, pues como se vio, según la normativa del Decreto 4433 de 2004, para estos últimos solo les es computables el salario y el porcentaje aportado de su prima de antigüedad; Por el contrario, para los primeros, además de lo anterior, también se computa el Subsidio Familiar.

Como se vio, el subsidio familiar nace como forma de incentivar el crecimiento y óptimo funcionamiento de la familia. Con la Ley 21 de 1982, se entiende que éste es en realidad una

contribución relacionada con la seguridad social del trabajador, que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, pasó a ser un derecho en sí mismo.

Ahora bien, también fue mencionado que el régimen de las Fuerzas Armadas es un régimen especial, es decir, que se rige bajo sus propios postulados y en entendimiento de su realidad de sostenibilidad fiscal y financiera. Lo anterior, podría explicar de alguna manera la razón por la cual el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato discriminatorio en relación con los soldados profesionales, el cual crea el reto inmediato y urgente de su superación.

No obstante, también es cierto que los instrumentos existentes para ello son limitados. La progresividad en la garantía de los derechos sociales se traduce en que estos serán garantizados en la medida de la capacidad de cada Estado, por lo que es presumible que este no cuenta con los recursos para la inclusión del Subsidio Familiar en el cómputo de la asignación de retiro para soldados profesionales.

De la misma forma, dicha inclusión no se ha dado con anterioridad, por lo que el planteamiento, desde la óptica jurídica, está alineado con lo que propone el principio de progresividad y no regresividad. En ese orden de ideas, es posible afirmar que la situación de inequidad antes presentada está en manos de la institucionalidad. Es decir, es necesaria una modificación legal que sea acorde los presupuestos iniciales de igualdad y a la idea fundacional del Subsidio Familiar.

Referencias

- Arenas Monsalve, G. (2003). El sistema de subsidio familiar en la seguridad social colombiana. *Vniversitas*, (106).
- Bobbio, N., & Peces-Barba, G. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Cadena, F. C. (2006). Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas*, 55(112), 111-147.
- Cifuentes Muñoz, E. (1997) La acción de tutela en Colombia, *Ius et Praxis*, pp. 165 – 174, Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/197/19730115/>
- Comité DESC. (2001) Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2° del pacto). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.
- Corte Constitucional de Colombia, Auto 035 de 2009, Seguimiento Sentencia T-760/08, MP Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-508/97, MP Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-753/13, MP Mauricio González Cuervo.
- Dávila, O., & Erwin, F. (2011). La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(115), 363-400.
- de Ussel, J. I., & Landwerlin, G. M. (2001). *La política familiar en España*. Ariel.

Dworkin, R. (1977) *Los Derechos en serio*, traducción de Guastavino, M., 1984, Barcelona: Ariel.

Flaquer, L. (2000). *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Fundación" La Caixa.

Guerrero, J., & Giordano, C. J. (2016). Progresividad o regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Questión*.

Guillén, A. M. (1997). Regímenes de bienestar y roles familiares: un análisis del caso español. *Papers: revista de sociologia*, (53), 45-63.

Kemelmajer, A. (2003). *Las acciones positivas*. En el principio constitucional de igualdad, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 229 – 282.

Morales, L. G. (2000). El financiamiento del sistema de seguridad social en salud en Colombia. En: *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud: los casos de Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile y Colombia-Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL*, 2000-v. 2, p. 759-808.

Navarretta, E. (2014). Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato. *Revista de Derecho Privado*, (27), 129-154.

Perilla, M. (2013) La Obligación de Garantizar el Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano: Acercamiento al contenido normativo del Artículo 26 de la Convención Americana, a partir de dos alternativas interpretativas de protección de los DESC. *Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*. 81- 110.

Picard de Orsini, M., & Useche, J. (2005). El principio de progresividad y la actuación de los órganos del Poder Público conforme a la Constitución vigente. *Provincia*.

Rabossi, E. (1990). Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (7).

Rossi, J; Abramovich, V; (2007). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (9) 34-53.

Sánchez, L. A. F. (2016). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *IUSTA*, 2(23).

Sanchís, L. P. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, 9.